



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Advokatfirma Alvheim og Hansen ANS
Teatergaten 35

5010 BERGEN
Norge

Deres referanse

Vår referanse
2011/0178-11

Dato:
13.02.2013

Avvisning av klage på offentlig anskaffelse

Det vises til Deres klage på offentlig anskaffelse av 21. juni 2011 vedrørende anskaffelse av arbeid for rehabilitering av svømmebasseng på Stranda skule. Klagenemndas sekretariat har besluttet å avvise klagen som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 9. Grunnen er at klagen klart ikke kan føre fram. Sekretariatets avvisningsbeslutning kan påklages til klagenemndas leder innen 3 virkedager etter at den ble gjort kjent for klager.

Nedenfor gis en oppsummering av bakgrunnen for klagen og sekretariatets vurdering.

Bakgrunn:

- (1) Sund kommune (heretter kalt innklagede) kunngjorde 5. april 2011 en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av kontrakt om rehabilitering av et svømmeanlegg.
- (2) Tildelingskriteriet i konkurransen var laveste pris, jf. kunngjøringen punkt IV.2.
- (3) I konkurransegrunnlagets kapittel 31.0.1 "*Systemoppbygging renseanlegg*" fremgikk at det skulle gis tilbud på to alternativer for renseanlegg. Alternativ 1 skulle være med sandfilter, og prisen for dette skulle tas med i hovedprisen i tilbudet. Alternativ 2 skulle være med diatomitt, og skulle gis som alternativ pris.
- (4) Frist for å levere tilbud i konkurransen var 29. april 2011 klokken 13.00, jf. kunngjøringen punkt IV.3.4. Innen tilbudsfristen mottok innklagede tilbud fra tre leverandører. I åpningsprotokollen fremgikk følgende informasjon om tilbudene:

<i>"NR</i>	<i>TILBYDERS NAVN</i>	<i>TILBUDSSUM INKL. MVA</i>	<i>TILBUDT LEVERINGSTID</i>	<i>ANMERKNINGER</i>
<i>I</i>	<i>SARTOR MASKIN AS</i>	<i>7.061.286</i>	<i>1.3.2012</i>	<i>div. forbehold</i>

Postadresse:
Postboks 439 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse:
Rådhusgaten 4
5014 Bergen

Telefon: +47 55 59 75 00 postmottak@kofa.no
Telefaks: +47 55 59 75 99 www.kofa.no

2	<i>SIGURD DJØNNE AS</i>	6.303.765	<i>ihht. plan</i>	<i>div. forbehold</i>
3	<i>STOLTZ ENTR.</i>	6.310.773,75	<i>avtales avklaringen i</i>	<i>div. forbehold"</i>

- (5) I tilbudsbrevet fra Stoltz Entreprenør AS (heretter kalt valgte leverandør) fremgikk blant annet at tilbudet var basert på følgende forutsetning:

"1. Vedr. post: 318-Sanitæranlegg, 318-Renseanlegg og 328 Varmeanlegg er det beregnet 20 timer a-kr. 650 pr. post. Til sammen kr. 39.000.- eks. mva."

- (6) I valgte leverandørs tilbudsskjema var det gitt tilbud både på renseanlegg med sandfilter og renseanlegg med diatomitt, jf. konkurransegrunnlaget punkt 31.0.1. I motsetning til det som var etterspurt i konkurransegrunnlaget, var imidlertid pris på diatomitt tatt med i hovedprisen, mens prisen med sandfilter var gitt som alternativ pris. Renseanlegget med sandfilter var 174 470 kroner dyrere enn renseanlegget med diatomitt.
- (7) I innklagedes tilbudsevaluering, datert 12. mai 2011, fremgår det følgende om evalueringen av forbehold i tilbudene:

"Forbehold i tilbudsbrev

Alle tre entreprenører har forbehold i sine tilbud, noen med priskonsekvens.

For å få sammenliknbare tilbudspriser har vi anslått kostnader på de forbehold som vi antar har priskonsekvens som følger:

Priser eks mva

	<i>Entreprenør</i>	<i>Sartor Maskin</i>	<i>Murm. Sigurd Djønn</i>	<i>Stoltz entreprenør</i>
	<i>Kontrollregnet sum eks mva</i>	5 647 737,-	5 043 012,-	5 071 619,-
	<i>Ikke medtatt priser for reparasjonsmørtel</i>	+ 150 000,-		
	<i>Bygningsmessige arbeider VVS- 3 poster med timebegrensning</i>			+ 210 760,-
	<i>Tillegg for Sandfilter</i>			+ 174 470,-
	<i>Rigg: Fri tilgang til spise og toalettforhold</i>		+ 240 000,-	
	<i>Ikke skyllevannstank priset</i>		+ 406 298,-	
	<i>Sum eksl. mva (anslått) (sammenliknbar tilbudssum)</i>	5 797 737,-	5 689 310,-	5 456 849,-

Rekkefølge

(3)

(2)

(1)"

- (8) Innklagede informerte Murmester Sigurd Djønn AS (heretter kalt klager) om valg av leverandør ved brev 12. mai 2011.

- (9) Klager påklaget tildelingsbeslutningen i brev til innklagede datert 13. mai 2011. I brevet anførte klager at klagers tilbudspris var den laveste, og at klager derfor skulle vært tildelt kontrakten. Det ble vist til at innklagede hadde priset klagers forbehold for høyt.
- (10) Innklagede avslo klagen ved brev 18. mai 2011, og signerte deretter kontrakt med valgte leverandør 20. juni 2011.
- (11) Klager brakte saken inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved brev 21. juni 2011.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (12) Innklagede har brutt forskriften § 11-11 (1) bokstav f ved å ikke avvise valgte leverandørs tilbud fra konkurransen, men i stedet endre valgte leverandørs tilbudspris. Etter forskriften § 12-1 (1) er det forbudt for oppdragsgiver å endre, eller forsøke å endre, tilbudene gjennom forhandlinger. Oppdragsgiver kan imidlertid i visse tilfeller avklare uklarheter i tilbudene, jf. § 12-1 (2) bokstav a. Det er kun uklarheter som knytter seg til forhold som ikke er vesentlige som kan avklares. Dette innebærer at oppdragsgiver ikke kan avklare uklarheter dersom avklaringen vil medføre en endring i rangeringen av de innkomne tilbud. Endringen innklagede har foretatt i valgte leverandørs tilbud medfører en endring av rangeringen. Endringen er også i strid med § 12-1 ved at innklagede ikke avklarer uklarhetene med leverandøren, men i stedet selv endrer tilbudet. Oppdragsgiver kan selv bare rette åpenbare feil, dersom det er utvilsomt hvordan feilen skal rettes, jf. forskriften § 12-1 (3). At innklagede velger å foreta en skjønnsmessig endring av tilbudet, viser at det forholdsvis lett oppstår tvil om hvordan feilen i tilbudet skal rettes.
- (13) Endringene innklagede gjorde i de øvrige tilbudene endret ikke rangeringen av disse. Klager, som hadde lavest tilbudspris av de to øvrige tilbyderne, skulle dermed vært tildelt kontrakten.
- (14) Klager ber om at klagenemnda uttaler seg om vilkårene for å kreve erstatning for klager er oppfylt.

Innklagedes anførsler:

- (15) Innklagede hadde ikke plikt til å avvise valgte leverandørs tilbud fra konkurransen iht. forskriften § 11-11 (1) bokstav f. I en anbudskonkurranse har oppdragsgiver ikke adgang til å spørre tilbyderne hvilke prismessige konsekvenser det vil ha å frafalle forbehold, da dette vil være en forespørsel om å endre tilbudene i strid med forskriften § 12-1 (1). For å komme frem til sammenlignbare priser, har innklagede derfor på egenhånd estimert hvilke pristillegg forbeholdene til de ulike leverandørene kunne føre til. Etter prisingen av forbeholdene hadde valgte leverandør lavest tilbudspris.
- (16) Valgte leverandør er ved evalueringen gitt tillegg i pris for to forhold. For det første er valgte leverandør gitt et tillegg i pris fordi valgte leverandør ikke hadde inkludert prisen for sandfilteret i sitt basistilbud som etterspurt, men gitt denne prisen som et eget alternativ. Innklagede la da den alternative prisen til klagers tilbudspris.

- (17) For det andre har valgte leverandør fått et skjønnsmessig tillegg i prisen fordi leverandøren på tre mindre poster i tilbudet ikke har gitt fast pris, men priset et gitt antall timer. For å komme frem til pristillegget på 210 760 kroner, som valgte leverandør er gitt for dette, har innklagede benyttet differansen mellom valgte leverandørs oppgitte pris for de aktuelle postene, og den gjennomsnittlige fastprisen øvrige leverandører har gitt på de aktuelle postene. Etter innklagedes vurdering var det ikke sannsynlig at eventuelle prisøkninger i kontraktsfasen som følge av forbeholdet ville overstige det beregnede tillegget.
- (18) Innklagede har gitt klager to tillegg i tilbudsprisen ved evalueringen, fordi klagers tilbud ikke omfattet ytelser som var beskrevet i konkurransegrunnlaget. Begge pristilleggene var en skjønnsmessig vurdering av hva det ville koste å tilleggsbestille de aktuelle ytelsene fra klager etter kontraktsinngåelse. Ettersom forbeholdene var knyttet til ikke uvesentlige elementer i tilbudet, erkjenner innklagede at det kan reises spørsmål ved om det var adgang til å prisberegne klagers forbehold. Klagers tilbud skulle antakeligvis i stedet vært avvist fra konkurransen med hjemmel i forskriften § 11-11 (1) bokstav f.
- (19) Innklagede har ikke gjort feil ved gjennomføringen av konkurransen som kan gi grunnlag for et krav om erstatning for positiv eller negativ kontraktsinteresse for klager.

Sekretariatets vurdering:

- (20) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder rehabilitering av et svømmeanlegg som er en bygge- og anleggsanskaffelse. Av tildelingsevalueringens punkt *"Forbehold i tilbudsbrief"* fremgår det at anskaffelsens verdi er cirka 5,5 millioner kroner eksklusive merverdiavgift. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser følger anskaffelsen etter sin opplyste art og verdi forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 del I og del II, jf. forskriftens § 2-1 (2).
- (21) Spørsmålet i denne saken er om innklagede har brutt forskriften § 11-11 (1) bokstav f ved ikke å avvise valgte leverandørs tilbud fra konkurransen.
- (22) Etter denne bestemmelsen har oppdragsgiver plikt til å avvise et tilbud dersom *"det på grunn av avvik, forbehold, feil, ufullstendigheter, uklarheter eller lignende i en anbudskonkurranse kan medføre tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene."*
- (23) I klagenemndas sak 2010/323 premiss (59) uttalte klagenemnda følgende om forståelsen av den tilsvarende bestemmelsen i forskriften § 20-13 (1) bokstav f:

"(59) Klagenemnda har i sin tidligere praksis uttalt at det skal være en lav terskel for når en mangel ved et tilbud "kan medføre tvil" om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene, jf. klagenemndas saker 2008/202 premiss (30) og 2009/281 premiss (21). Nemnda har likevel lagt til grunn at det "kun foreligger en avvísingsplikt i de tilfeller der tvilen kan ha hatt betydning for tilbudets rangering blant de andre tilbudene", jf. klagenemndas saker 2009/281 premiss (22) og 2010/94 premiss (25). Oppdragsgiver har i utgangspunktet en plikt til å prissette avvik, forbehold, eller lignende, jf. klagenemndas sak 2009/281 premiss (22). Dersom den prismessige konsekvensen av et forbehold lar seg fastsette, vil det normalt ikke foreligge "tvil" om hvordan tilbudet skal bedømmes, og forholdet til de øvrige leverandørene vil med dette være ivarettatt. Vurderingen av et konkret forbeholds prismessige konsekvens

ligger til oppdragsgivers innkjøpsfaglige skjønn, og kan bare i begrenset grad overprøves av klagenemnda, jf. klagenemndas sak 2012/70 (39) og 2011/308 premiss (88)."

- (24) I tilknytning til sin anførsel om brudd på regelverket ved ikke å avvise valgte leverandørs tilbud med hjemmel i forskriften § 11-11 (1) bokstav f, har klager uttalt at innklagede har endret valgte leverandørs tilbudspris i strid med forhandlingsforbudet i forskriften § 12-1 (1). Innklagede har imidlertid ikke endret valgte leverandørs tilbudspris. Det innklagede har gjort, er å prissette forbehold og legge til grunn riktig tilbudspris, slik at innklagede kunne evaluere tilbudet (i forhold til de øvrige tilbudene). Dette har innklagede i utgangspunktet en plikt til å gjøre, jf. klagenemndas sak 2009/281 premiss (22). Å prissette forbehold eller lignende for å gjøre tilbud sammenlignbare er ikke det samme som å endre et tilbud, da en slik prissetting ikke innebærer at tilbyderer endrer sitt tilbud. Dette innebærer kun at tilbyderens tilbud blir bedømt på grunnlag av den prisen oppdragsgiver har beregnet etter at forbeholdene eller lignende, er prissatt.
- (25) Det forbeholdet innklagede i dette tilfellet har prissatt i valgte leverandørs tilbud, knytter seg til denne leverandørens tilbudsforutsetning "*[v]edr. post: 318-Sanitæranlegg, 318-Renseanlegg og 328 Varmeanlegg er det beregnet 20 timer a-kr. 650 pr. post*". Siden valgte leverandør her hadde tatt et forbehold om antall timer og ikke gitt fastpris som etterspurt, beregnet innklagede selv hva som måtte legges til grunn som en fastpris for dette arbeidet og bedømte leverandørens tilbud med denne prisen. Denne beregningen ble gjort ved at innklagede benyttet differansen mellom valgte leverandørs oppgitte pris for de aktuelle postene og den gjennomsnittlige fastprisen øvrige leverandører hadde gitt på de aktuelle postene. Etter innklagedes vurdering var det ikke sannsynlig at eventuelle prisøkninger i kontraktsfasen som følge av forbeholdet ville overstige det beregnede tillegg. Valgte leverandørs tilbudspris ble etter dette evaluert med et tillegg på kroner 210 760. Etter sekretariatets syn, er det ingenting i saken som tyder på at denne prissettingen på noe vis kan anses uforsvarlig.
- (26) I tillegg bedømte innklagede valgte leverandørs tilbud med prisen for sandfilter og ikke med diatomitt. Her hadde valgte leverandør gitt hovedpris med diatomitt, og pris for sandfilter som et alternativ, istedenfor det motsatte som var etterspurt. I evalueringen la innklagede til grunn den riktige prisen.
- (27) Etter dette, forelå det ikke tvil om hvordan valgte leverandørs tilbud skulle bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene, og innklagede hadde da ikke plikt til å avvise valgte leverandørs tilbud fra konkurransen med grunnlag i forskriften § 11-11 (1) bokstav f. Klagers anførsel fører dermed ikke frem.
- (28) Ettersom sekretariatet har funnet at klagen klart ikke kan føre fram, avvises den som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. klagenemndsforordningen § 9.

Erlend Pedersen
gruppeleder (e.f.)

Linda Midtun
rådgiver

Kopi til:

Pacta
Advokatfirma
AS

Hoffsveien 1A 0275 OSLO

Norge